

抗告訴訟と当事者訴訟の 機能分配に関する一試論

—行政訴訟における「処分性の拡大」と「確認訴訟の活用」の関係について—

渡 邊 互

はじめに — 問題の所在

一 処分概念と処分性の拡大

1. 広義および狭義の処分概念

2. 判例における処分性の拡大

(1) 伝統的な処分概念への新たな当てはめの例

(2) 伝統的な処分概念からの離脱の例

(3) 小括

二 確認訴訟の活用と抗告訴訟との関係

1. 確認訴訟の立法化の経緯

2. 行訴法における確認訴訟の位置づけ

(1) 統合的行政訴訟論

(2) de lege lata な確認訴訟の位置づけ

まとめにかえて — 抗告訴訟と当事者訴訟の機能分配

はじめに — 問題の所在

行政訴訟において、判例による「処分性の拡大」の動きが見られる一方、2004年の行訴法改正によって「当事者訴訟（確認訴訟）の活用」が図られた結果⁽¹⁾、伝統的な処分概念に該当しない行政指導のような行政活動に対する、抗告訴訟と当事者訴訟の「並行的訴訟の提起可能性」⁽²⁾ という問題

(1) これらの判例・立法の動向に関する文献は数多いが、2004年末までの動向を概観したものとして、高木光『行政訴訟論』（有斐閣、2005年）43～98頁および101～141頁を参照。

(2) 参照、橋本博之『解説 改正行政事件訴訟法』（弘文堂、2004年）87～89頁。

が語られている。その際には、「抗告訴訟と当事者訴訟の相互排他的運用がなされてはならない」⁽³⁾、「裁判実務上、両者の垣根を柔軟に取り扱うことが必要となる」⁽⁴⁾ という指摘からも分かるとおり、さしあたり、裁判所による行訴法の運用が念頭に置かれているようである。

しかし、この指摘を行った論者も認めるように⁽⁵⁾、これらの判例・立法の動向は、行訴法の運用にとどまらず、行政法理論そのものにも影響を及ぼしていると考えられる。というのも、判例における処分性の拡大の動きのなかで、処分概念の理解に変更があったのではないかと推察されるのは当然であるし、また、行訴法の改正をきっかけに、行政訴訟の類型についての理論的な再構成の試みが見られるからである⁽⁶⁾。「並行的訴訟の提起可能性」という問題が語られるとき、そこには、これらの理論的な動向が絡み合っている状況があることが想定できる。これらが、いかなる位置関係に立っており、そこにどのような法的論点が生じているのかを明らかにすることは、行政法理論の重要なテーマであると考えられるが、今日まで十分な解明はなされていないようである。

以上のような問題意識に立って、本稿では、判例における処分概念の理解を明らかにするとともに (一)、行政訴訟の類型についての理論的な再構成に関する議論に検討を加えることにより (二)、そこから導き出される抗告訴訟と当事者訴訟との関係を、ひとつの仮説モデルとして示すこととする (まとめにかえて)。

(3) 橋本 (註2) 88頁。

(4) 橋本 (註2) 94頁。

(5) 橋本 (註2) 95頁。

(6) 参照、中川丈久「行政訴訟としての『確認訴訟』の可能性」民商法雑誌130巻6号 (2004年)。

一 処分概念と処分性の拡大

1. 広義および狭義の処分概念

行訴法3条2項の規定から明らかなように、処分という言葉には、①「行政庁の処分」（以下「狭義の処分」という）と、②これに「その他公権力の行使に当たる行為」を加えた、括弧書きにいう処分、すなわち公権力の行使と同義のもの（以下「広義の処分」という）、というふたつの意義がある⁽⁷⁾。行政訴訟において「処分」は広義で用いられていること、取消訴訟を提起するためには広義の処分の存在が前提とされており、これが「処分性」の要件といわれることは、周知のとおりである。

行政庁のいかなる行為が狭義ないし広義の処分に該当するのか、という問題について、法令は、まったく明らかにしておらず、もっぱら行訴法の解釈に委ねられている。この点、判例は、行訴法の前身である行政事件訴訟特例法1条の「行政庁の違法な処分の取消又は変更に係る訴訟その他公法上の権利関係に関する訴訟については、この法律によるの外、民事訴訟法の定めるところによる。」という規定における「行政庁の処分」の意義について、次のような理解を示している⁽⁸⁾。

行政事件訴訟特例法一条にいう行政庁の処分とは、所論のごとく行政庁の法令に基づく行為のすべてを意味するものではなく、公権力の主体たる国または公共団体が行う行為のうち、その行為によつて、直接国民の権利義務を形成またはその範囲を確定することが法律上認められているものをいうものであることは、当裁判所の判例とするとところである……。そして、かかる行政庁の行為は……仮りに違法なものであつても、それが正当な権限を有する機関により取り消されるまでは、一応適法性の推定を受け有効として取り扱われるものであることを認め、これによつて権利、利益を侵害された者の救済については、通常の民事訴訟の方法によることなく、特別の規定によるべきこととしたのである。従つてまた、行政庁の行為によつて権利、利益を侵害された者が、右行為を当然無効と主張し、

(7) 参照、藤田宙靖『行政法Ⅰ（全訂第4版）』（青林書院、2003年）352～354頁。

(8) 最判昭和39年10月29日民集18巻8号1809頁。

行政事件訴訟特例法によつて救済を求め得るには、当該行為が前叙のごとき性質を有し、その無効が正当な権限のある機関により確認されるまでは事実上有効なものとして取り扱われている場合でなければならない。

ここに述べられている処分の概念 (以下、「伝統的な処分概念」という) が、ほぼ伝統的な行政行為の概念に該当するものであるという指摘は、しばしば見られるところであり⁹⁾、本稿でも、さしあたりこうした立場にたつて論述を進めて行く。この最高裁の見解の影響は大きく、今日に至るまで判例における処分概念として受け継がれているが、ここで問題としたいのは、行訴法のもとで、それが果たして狭義・広義のうち、いずれのものとして理解されているかということである。もっとも、「狭義の処分とはなにか」という問題意識は、従来の「処分性の拡大」に関する議論においては、ほとんど取上げられることがなかった。というのも、この議論では、いうまでもなく「どこまでが (広義の) 処分か」という問題に関心が集中していたのであり、その限りでは、いわば処分概念の「内訳」について考えることには、法解釈上の実益がなかったからである。しかし、後に述べるように、行訴法の改正による当事者訴訟としての確認訴訟の活用というメッセージは、それが実現した場合には、「狭義の処分の領域を確定させる」、という新たな課題を生じさせると思われる。

(9) 参照、藤田(註7) 362頁。原田尚彦『行政法要論 (全訂第6版)』(学陽書房、2005年) 371頁。なお、室井ほか編著『コンメンタール行政法Ⅱ (第2版)』(日本評論社、2006年) は、「いわゆる法律行為的行政行為がこの定義に該当することは明らかであるが、いわゆる準法律行為的行政行為は、その内容次第によるが、必ずこれに該当するかは疑問である」としている。ここでいう「伝統的な行政行為の概念」の例としては、田中二郎『行政法 上巻 (全訂第2版)』(弘文堂、1974年) における、「広い意味での行政作用のうち……行政庁が、法に基づき、優越的な意思の発動又は公権力の行使として、人民に対し、具体的事実に関し法的規制をする行為」という理解があげられよう。これに対して、塩野宏『行政法Ⅱ [第4版]』(有斐閣、2005年) 96頁は、「最高裁判所の判示するところは、法という行政庁の処分とは、規律力を有する行政の行為ということ」として、判例における処分概念を、行政行為とはやや異なる、それよりも広義なものとして理解しているようにも思われる。

最近の下級裁判所の判決を例にとると、大分地裁平成19年5月21日判決⁽¹⁰⁾は、住基ネットの住民票コードを住民票に記載した行為について、上記の最高裁判決における処分の定義を引用したうえで、当該行為によって「直接その住民についての権利義務を形成し又はその範囲を確定する効果が生じるわけではない」という理由で、「『行政の処分その他公権力の行使に当たる行為』には該当しないというべきである」との判断を示し、これに対する取消訴訟を却下している。また、東京地裁平成20年1月22日判決⁽¹¹⁾は、同じ処分の定義を引用し、司法書士法47条1号の戒告について、「被戒告者の権利義務を形成し、又はその範囲を確定することが法律上認められているものとはいえない」と指摘し、「したがって、司法書士法47条1号の戒告が取消訴訟の対象となる『行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為』には当たらないといわざるを得ない」という結論を導くことにより、やはり訴えを却下している。これらの判決では、最高裁判決の処分の定義は、広義の処分のそれとして理解されているようにも見える。

しかし、こうした見方は、おそらく適当ではなく、上記の定義は、やはり狭義の処分についてのものであると考えられる⁽¹²⁾。上記の判例では、これに加えて事実行為のみが広義の処分に含まれることが前提とされており、事実行為以外の行政活動については、それが「直接、権利義務を形成しまたその範囲を確定する効果が生じるわけではない」ことを指摘すれば、処分性の否定の論拠としては十分と考えられているのであろう。こうした推論は、行訴法の立法過程における、以下のような経緯とも合致する。すなわち、行政事件訴訟特例法における「行政庁の処分」（第10条第7項）に

(10) 大分地判平成19年5月21日（判例集未登載）。

(11) 東京地判平成20年1月22日（判例集未登載）。

(12) 「広義の処分=行政行為」という理解に対しては、以下のような解釈上の問題点も指摘しなければならない。すなわち、このように理解された広義の処分は、結局、狭義の処分と同じものであり、その結果、「その他公権力の行使に当たる行為」の文言の意味が空白となってしまうのではないかと、という疑問が生じる。

については、当時、事実行為を含むか否かにつき解釈上の争いがあったため、行政事件訴訟特例法改正要綱試案の第二次案では、抗告訴訟の一類型として「事実行為の訴」、第三次案では、「事実行為の取消しの訴」というものを認めていた。最終的には、しかし、これを抗告訴訟から独立した訴とすることなく、処分の取消しの訴の対象である「その他公権力の行使に当たる行為」のなかに事実行為を含めることにしたのである⁽¹³⁾。

さて、「狭義の処分とは行政行為のことであり、それに事実行為のみを加えたものが広義の処分である」という見方が、下級裁判所の判決のなかには多くみられるのに対して、後に見る最高裁判例のなかには、伝統的な処分概念にとくに言及することなく（つまり、それを変更することもなく）⁽¹⁴⁾、処分性の範囲を拡大していると考えられるものが複数みられる。これらの諸判例の動向と伝統的な処分概念を整合的に理解しようとするれば、最高裁判例における処分性の拡大は、「その他公権力の行使に当たる行為」に該当する行政活動の範囲を拡大しつつあるもの、と位置づけるほかないであろう。振り返って、行政事件訴訟特例法1条が、たんに「行政庁の違法な処分」と規定していたことにかんがみれば、本条について述べられた伝統的な処分概念は、狭義の処分のそれにほかならなかったと考えられる。行訴法は、これに加えて取消訴訟の対象となる行為を、—— もっぱら事実行為を念頭に置きながらも —— 「その他公権力の行使に当たる行為」という抽象的な概念を用いて規定した。ここに処分性拡大の「場」が、見出されたのである⁽¹⁵⁾。

(13) 参照、塩野宏編著『日本立法資料全集38行政事件訴訟法（4）』（信山社、1994年）162、184および225頁。

(14) 参照、芝池義一『行政救済法講義〔第3版〕』（有斐閣、2006年）37頁。

(15) なお、塩野（註9）が、「行政事件訴訟法（3条）は行政庁の処分のほかにも公権力の行使に当たる行為のあることを前提としているが取消訴訟の場面では、実務的にも理論的にも、適切な働き場所が見出されていない。」としているが、その「働き場所」は、すでに判例において見出されているのではないかというのが、本稿の理解である。

2. 判例における処分性の拡大

以下では、判例における処分性の拡大をめぐる動向について分析を加えおくことにしよう。その際には、まず、（1）伝統的な処分概念に該当するか微妙な行政活動について、処分性が認められた判例があることが注目される。もっとも、この行政活動が、判例における処分概念の定義である「直接、権利義務を形成したその範囲を確定する行為」に当てはまるのであれば、これは正確には処分性の拡大の例とはいえないであろう。これに対して、（2）厳密には、この定義に該当しないと考えられる行政活動についても、処分性が認められた事例があることには注意が必要である。これらの行政活動は、先にも述べたように、もはや狭義の処分ではない広義の処分に位置づけられる公権力の行使であると考えられる。以下では、（1）、（2）の例と考えられるものについて、それぞれ確認をしておくことにしよう。

（1）伝統的な処分概念への新たな当てはめの例

①行政計画決定

行政計画の決定については、有名な「青写真判決」⁽¹⁶⁾が、土地区画整理事業計画について、いわゆる青写真論、付随的効果論、未成熟論を展開して処分性を否定している一方で⁽¹⁷⁾、都市再開発法に基づく第二種市街地再開発事業の事業計画の決定に対する取消訴訟において、処分性が認められたことが注目される。本稿のテーマに関係のある部分のみ確認しておく、本事件の第一審判決⁽¹⁸⁾が、青写真判決とほぼ同様の理由から事業計画の決定の処分性を否定したのに対し、控訴審判決⁽¹⁹⁾では、「事業計画決定は、

(16) 最判昭和41年2月23日民集20巻2号271頁。

(17) 参照、宇賀克也『行政法概説Ⅱ』（有斐閣、2006年）153～155頁。

(18) 大阪地判昭和61年3月26日行裁例集37巻3号499頁。

(19) 大阪高判昭和63年6月24日行裁例集39巻5・6号498頁。

その公告時点において施行地区内権利関係者の権利、利益に対し直接かつ特定、具体的な影響を及ぼす性質を有する行政庁の行政行為」であるとして、その処分性を認めている。また、最高裁判決⁽²⁰⁾も、事業計画の決定が、「その公告の日から、土地収用法上の事業の認定と同一の法律効果を生ずるものである」と指摘したうえで、「施行地区内の土地の所有者等の法的地位に直接的な影響を及ぼすものであって、抗告訴訟の対象となる行政処分に当たる」という結論を導いている。

これらの判決における、事業計画の決定についての「直接かつ特定、具体的な影響を及ぼす」、「法的地位に直接的な影響を及ぼす」という指摘からは、それが伝統的な処分概念を変更することを意図されたものではないことは、明らかであろう。そこに「青写真判決」に対する何らかの批判が含意されているとしても、それは処分性の概念の理解の相違にあるのではなく、当該計画決定が伝統的な処分概念に該当するかという、当てはめのレベルでのものであることには注意が必要である。結局、控訴審判決がいきみじくも述べているように、本件決定は行政行為にほかならないと考えられているのである。

なお、直近になって、上記の青写真判決における土地区画整理事業計画の決定が処分に該当しないという判例が変更されたことは、大いに注目される。本判決の原審⁽²¹⁾は、都市区画整理事業計画の決定について、上記の青写真論・付随的効果論などを展開して、従来どおりその処分性を否定し、訴えを却下しているのに対して、最高裁⁽²²⁾は、平成20年9月10日の判決において、以下のように原判決を破棄し、本件を第一審に差戻している。本判決で最高裁は、具体的に土地区画整理法の規定に触れながら、当該決定

(20) 最判平成4年11月26日民集46巻8号2658頁。

(21) 東京高判平成17年9月28日(判例集未登載)。

(22) 最判平成20年9月10日(判例集未登載)。本判決については、渡邊 互「土地区画整理事業の事業計画決定の処分性」白鷗法学第15巻2号181～194頁を参照。

計画の決定によってもたらされる「建築行為等の制限は、このような事業計画の決定に基づく具体的な事業の施行の障害となるおそれのある事態が生ずることを防ぐために法的強制力を伴って設けられているのであり、しかも、施行地区内の宅地所有者等は、換地処分の公告がある日まで、その制限を継続的に課され続けるのである」と指摘したうえで、次のように述べている。

施行地区内の宅地所有者等は、事業計画の決定がされることによって、前記のような規制を伴う土地区画整理事業の手續に従って換地処分を受けるべき地位に立たされるものということができ、その意味で、その法的地位に直接的な影響が生ずるものというべきであり、事業計画の決定に伴う法的効果が一般的、抽象的なものにすぎないということとはできない。

最高裁は、さらに、「実効的な権利救済を図るためには、事業計画の決定がされた段階で、これを対象とした取消訴訟の提起を認めることに合理性がある」ことを説示した後、「上記事業計画の決定は、行政事件訴訟法3条2項にいう「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」に当たると解するのが相当である」という結論を導いている。先にも述べたように、この判例変更自体は注目に値するものであることは疑いないが、本稿のテーマである処分性の概念という観点からこれを見た場合、上記の引用における「その法的地位に直接的な影響が生ずるもの」という文言が示すとおり、伝統的な処分概念を前提としつつ、それへの当てはめを変更した事例とみることができよう。

②一般処分

一般処分の処分性については、「2項道路指定事件判決」が興味深い論点を提供してくれる。本事件では、通路を含む土地の所有者が、奈良県内の幅員4m未満1.8m以上の道を建築基準法上の道路に指定するという告

示に対して、それにより当該通路が違法に道路に指定されることになるとして取消訴訟を提起したものである。

第1審判決⁽²³⁾は、本件指定処分は、「不特定多数者に向けられた処分であって、内容的に抽象性をもつ処分」であるが、それに対する訴えは「原告に生じる義務が現実的、具体的であって、当該義務の存否の確認を求める利益がある限り、適法性が認められるものと解される」という立場から、後に見る最高裁判決と同様の指摘をして、その処分性を肯定している。しかし、控訴審判決⁽²⁴⁾では、「告示自体によって、直ちに建築制限等の私権の制限が生じるものと認めることはでき」ず、それは「右指定後において、道路内建築制限違反に対する建物除却措置命令や建築確認等の手続の中でされることになるのであり、その結果、右建物除却措置命令等の行政処分を通じて、初めて右指定が現実具体的に個人に対する権利義務に影響を及ぼすか否かが判然とするのである」という理由で、処分性が否定されている。これに対して最高裁判決⁽²⁵⁾は、「指定の効果が及ぶ個々の道は2項道路とされ、その敷地所有者は当該道路につき道路内の建築等が制限され(法44条)、私道の変更又は廃止が制限される(法45条)等の具体的な私権の制限を受けることになる」と指摘し、「特定行政庁による2項道路の指定は、それが一括指定の方法でされた場合であっても、個別の土地についてその本来的な効果として具体的な私権制限を発生させるものであり、個人の権利義務に対して直接影響を与えるものといえることができる」という理由で処分性を認めている。

この最高裁判決の見解もまた、伝統的な処分性の概念を変更するものではなく、本件の2項道路の指定が正しく処分に該当する、という点を述べるものにすぎない。換言すれば、それは、一般処分が行政行為であること

(23) 奈良地判平成9年10月29日判タ994号144頁。

(24) 大阪高判平成10年6月17日判タ994号143頁。

(25) 最判平成14年1月17日民集56巻1号1頁。

を明らかにしたものにほかならないのである。したがって、以上の事例は、正確には「処分性の拡大」の例とはいえないもの、ということになる。

（2）伝統的な処分概念からの離脱の例

これに対して、伝統的な処分概念によれば「処分」には該当しないと思われる行政活動について、処分性が認められた判例の存在することが注目される。これは正しく、「処分性の拡大」というにふさわしいものであり、以下、やや詳細に検討を加えておくことにしよう。

その第一は、いわゆる「通知」に処分性が認められた判例である。通知は、伝統的に単なる事実の伝達であり、それによって私人の権利・義務を形成することはないと考えられてきた。これに対して、平成16年4月26日の最高裁判決⁽²⁶⁾では、処分概念を拡大することにより通知に処分性を認める判断が示されており、注目される。本件は、冷凍スモークマグロ切り身100kgを輸入しようとしたXが、検疫所長Yから食品衛生法6条（平成15年改正前のもの）に違反する旨の通知（以下「本件通知」）を受けたため、その取消しを求めた事案である。第一審⁽²⁷⁾では、次のような判断が示され、処分性が否定されている。

税関長は……輸出入の条件が具備されているか否かの最終的な判断権限を有しており、本件通知のような検疫所長の判断は、輸入を許可するかどうかについての税関長の判断を法的に拘束する関係にはなく（検疫所長が交付する届出済証は、税関に対する立証手段〔同法70条2項〕のひとつに過ぎない。）、法律上は、輸入者が、届出済証を提出することなしに、食品衛生法6条の規定する食品等に該当しないことを独自の手段によって証明して輸入しようとした場合、税関長が、輸入者の提出した資料等も考慮して、食品衛生法6条に規定する食品等に該当しな

(26) 最判平成16年4月26日民集58巻4号989頁。一方、税関長による輸入禁制品である旨の通知を、伝統的な処分に該当するとした判例として、参照、最判昭和54年12月25日民集33巻7号753頁。

(27) 千葉地判平成14年8月9日民集58巻4号1017頁。

いと判断すれば、輸入が許可される筋合であり、食品衛生法違反の通知によって検疫所長の判断が示されたからといって、直ちに輸入の許可が得られないという法的効果が発生するわけではない。

控訴審⁽²⁸⁾においても、これとまったく同様に、「食品衛生法違反の通知がなされたことにより、直ちに本件食品の輸入許可が得られないという法的効果が発生するわけではない」と指摘され、処分性が否定された。これに対して最高裁は、次のような見解を示し、本件通知の処分性を認める判断を示している。

食品衛生法違反通知書による本件通知は、法16条に根拠を置くものであり、厚生労働大臣の委任を受けた被告人が、原告人に対し、本件食品について、法6条の規定に違反すると認定し、したがって輸入届出の手續が完了したことを証する食品等輸入届出済証を交付しないと決定したことを通知する趣旨のものといふことができる。そして、本件通知により、原告人は、本件食品について、関税法70条2項の「検査の完了又は条件の具備」を税関に証明し、その確認を受けることができなくなり、その結果、同条3項により輸入の許可も受けられなくなるのであり、上記関税法基本通達に基づく通関実務の下で、輸入申告書を提出しても受理されずに返却されることとなるのである。

……したがって、本件通知は、上記のような法的効力を有するものであって、取消訴訟の対象となると解するのが相当である。

この最高裁の見解を、伝統的な処分概念と比較してみよう。両者は、処分を公権力の主体たる国または公共団体が行う行為であり、法律に根拠をもつものと捉える点については、共通する。しかし、最高裁は「直接国民の権利義務を形成しまたはその範囲を確定すること（以下「直接性の要素」という）を処分性の要素と見ていないことは明らかである、と思われる（このことは、伝統的な処分概念に忠実に依拠している少数意見が、本件通知は、「国民の権利義務に直接影響するものではない」と指摘し、処

(28) 東京高判平成15年4月23日民集58巻4号1023頁。

分性を否定していることから伺えよう。

このように最高裁は、本判決において伝統的な処分概念に該当しない行政活動について、処分性を認めたものと考えられる。ここでは、やはり伝統的な処分概念の定義が引用されていないが、これはそれを否定する趣旨ではなく、本件通知が、「狭義の処分ではない公権力の行使」に該当すると考えられたからだと思われる。ここでは「公権力の行使」についての定義は見られないが、それは、少なくとも上にみた直接性の要素を含まないものと考えることができよう。

「処分性の拡大」を図ったとみられる判例としては、さらに、行政指導である「勧告」に処分性を認めたことで注目される、勧告取消等請求事件最高裁判決⁽²⁹⁾がある。本事件において、原告Xは病院開設を計画し、被告である県知事Yに対して病床数を400床として許可申請をしたところ、Yは、医療法30条の7の規定に基づき、病床数が地域医療計画に定める必要病床数に達しているという理由で、病院開設を中止するよう勧告した。Xは、本件勧告を拒否するとともに、本件申請に対する許可を求めた。これに応じて許可処分が行なわれたが、その際Xに対して、「中止勧告にもかかわらず病院を開設した場合には、厚生省通知…において、保険医療機関の指定の拒否をすることとされている」との記載のある文書が送付された。これに対してXは、本件勧告は医療法30条の7に反するもので違法であると主張して、本件勧告の取消などを請求した。

第1審判決⁽³⁰⁾は、伝統的な処分概念を引用しつつ、Xが「本件勧告に従わなかったとしても、それにより必然的に保険医療機関の指定が拒否されるわけではない」という理由で、本件勧告の処分性を否定する判断を示し、

(29) 最判平成17年7月15日民集59巻6号1661頁。

(30) 富山地判平成13年10月31日民集59巻6号1715頁。

控訴審判決⁽³¹⁾もこれを踏襲したが、これに対して最高裁判決⁽³²⁾は、以下のような見解を述べている。

医療法30条の7の規定に基づく病院開設中止の勧告は、医療法上は当該勧告を受けた者が任意にこれに従うことを期待してされる行政指導として定められているけれども、当該勧告を受けた者に対し、これに従わない場合には、相当程度の確実さをもって、病院を開設しても保険医療機関の指定を受けることができなくなるという結果をもたらすものということができる。そして、いわゆる国民皆保険制度が採用されている我が国においては、健康保険、国民健康保険等を利用しないで病院で受診する者はほとんどなく、保険医療機関の指定を受けずに診療行為を行う病院がほとんど存在しないことは公知の事実であるから、保険医療機関の指定を受けることができない場合には、實際上病院の開設自体を断念せざるを得ないことになる。このような医療法30条の7の規定に基づく病院開設中止の勧告の保険医療機関の指定に及ぼす効果及び病院経営における保険医療機関の指定の持つ意義を併せ考えると、この勧告は、行訴法3条2項にいう「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」に当たると解するのが相当である。

最高裁判決においては、やはり伝統的な処分概念は引用されていない。そして、中止勧告の効果についての「相当程度の確実さ」や「實際上」という言葉が示すように、そこでは、本件勧告が直接、権利義務を形成しないことを認めつつ、それにもかかわらず処分性をもつという判断が下されていることは明らかである。さきにみた通知の場合と同様、最高裁は、本件勧告を狭義の処分ではなく、「その他公権力の行使に当たる行為」に該当するものと考えている、とみるほかないであろう。

(3) 小括

以上に検討を加えてきた最高裁判例には、(1) 伝統的な処分概念に該当するか否か微妙な行政活動(例:事業計画の決定、一般処分)について、それに該当するとの判断が示されたものと、(2) 伝統的な処分概念には

(31) 名古屋高判 平成14年5月20日民集59巻6号1731頁。

(32) 最判平成17年7月15日民集59巻6号1661頁。

該当しないと考えられる行政活動について、それにもかかわらず、処分性が認められたものがあった。それぞれを、先に示した解釈の枠組みに沿って行訴法3条にあてはめてみると、前者は、「行政庁の処分」、すなわち狭義の処分に該当するものであり、後者は、「その他公権力の行使に当たる行為」、すなわち狭義の処分ではないものの、広義の処分には該当するものである、ということになる。

このうち（2）の判例こそが「処分性の拡大」というにふさわしいものであるが、そこでは、ある行政活動の処分性の有無を判断するに当たって、伝統的な処分性概念にとらわれることなく、具体的な法制度のなかで、当該行政活動が果たす役割、とくに私人の権利義務に及ぼす影響を直截に検討したうえで結論を導いている、ということができよう。その背景には、「今日…行政指導その他、行政行為としての性質を持たない数多くの行為が…相互に組み合わせられることによって、一つのメカニズム（仕組み）が作り上げられ、このメカニズムの中において、各行為が、その一つ一つを見たのでは把握し切れない、新たな意味と機能を持つようになっていく」⁽³³⁾ という事情があると考えられよう。

処分性の拡大にあっては、伝統的な処分概念における私人の権利・義務との関わりの「直接性」の要素が緩和されていることをみだが、このことは実は、「公権力の行使」の概念についての、行訴法の制定当時の理解とも——そこで、もっぱら事実行為を想定していたという主観的な事情を除けば——矛盾しない可能性があることには注目してよいであろう。すなわち、行訴法の立案に参画した杉本良吉によれば、「行政庁の公権力の行使」とは、「法が認めた優越的な地位に基づき、行政庁が法の執行としてする権力的意思活動を指す」と理解されており⁽³⁴⁾、また田中二郎は、抗告訴訟を、「広く、行政庁の公定力をもった第一次的判断（法が定めた優越的地

(33) 最判平成17年10月25日判時1920号32頁。

(34) 杉本良吉『行政事件訴訟法の解説』（法曹会、1963年）9頁。

位に基づき法の執行としてする意思活動といってもよい)を媒介として生じた違法状態を否定又は排除し、相手方の権利利益の保護救済を図ることを目的とする一切の訴訟形態」と把握しているのである⁽³⁵⁾。このように、「直接性の要素」を含まない、しかし、言葉がもつニュアンスに相当に忠実な理解をした「公権力の行使」の概念について、ここに上記の最高裁判例に見られるような処分性拡大の「場」を求めることは、決して無理なことではないと思われる。

二 確認訴訟の活用と抗告訴訟との関係

1. 確認訴訟の立法化の経緯

「公法上の法律関係に関する確認の訴え」は、2004年の行訴法改正の一環として付加されたものである。本改正の直接の契機は、司法制度改革審議会の「司法制度改革審議会意見書」(2001年6月)に遡る。そのなかで、当時の行政訴訟制度では対応が困難な新たな問題点として、「行政需要の増大と行政作用の多様化に伴い、伝統的な取消訴訟の枠組みでは必ずしも対処しきれないタイプの紛争…が出現し、これらに対する実体法及び手続法それぞれのレベルでの手当が必要であること」、という言及がみられた。本意見書の趣旨をうけて、司法制度改革推進本部に設けられた「行政訴訟検討会」は、2002年1月に「行政訴訟制度の見直しのための考え方」⁽³⁶⁾という結論となる文書を作成した。その全体意見のなかに「確認訴訟の活用」という項目が置かれ、「行政の活動・作用の複雑多様化に対応し、国民の権利利益の実効的な救済を図る観点からは、確認訴訟を活用することが有

(35) 田中(註9)304頁。

(36) 行政訴訟研究会「行政訴訟制度の見直しのための考え方」(2004年1月6日)
<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/kentoukai/gyouseisoyou/dai28/28siryou7.pdf>
(2008年9月17日閲覧)。

益かつ重要である。確認訴訟を活用することにより、権利義務などの法律関係の確認を通じて、取消訴訟の対象となる行政活動に限らず、国民と行政との間の多様な関係に応じ、実効的な権利救済が可能となる⁽³⁷⁾ という指摘がなされた。ここには確認訴訟について明文の規定を置くという考えは見られないが、これに対して、各委員の意見のなかには、その活用を図るために「確認訴訟が可能であることを条文に明記する必要がある」というものが複数みられ⁽³⁸⁾、両者の見解の間で調整が続けられた結果、行訴法4条における実質的当事者訴訟の「公法上の法律関係に関する訴訟」という定義の前に、「公法上の法律関係に関する確認の訴えその他の」という文言が付加されることとなった。

2. 行訴法における確認訴訟の位置づけ

(1) 統合的行政訴訟論

ここで、確認訴訟とは、民事訴訟におけるそれと同様、原告の権利または法律的地位にかかる不安が現に存在する場合、その不安を除去する方法として、原告・被告間の法律関係の確認を求める訴えであるということができる⁽³⁹⁾。

行政事件における確認訴訟の可能性については、かつては、ほとんど論じられることがなかったが、行訴法改正以後、これをテーマとした研究が

(37) 行政訴訟研究会（註36）9頁以下。

(38) 「行政計画、行政指導、行政契約、通達などの行政の活動や作用についての違法等の確認訴訟は、これまでの実務でも、判例でも現実にはほとんど活用されてこなかったことから、仮に確認的なものであるにせよ、その確認、是正などを求める必要があるかぎり、違法等の確認等訴訟ができる旨の立法を明文で行うべきである。」（福井秀夫委員の意見）。「確認訴訟を積極的に活用していくべきであるという共通理解が得られているが、何も法改正を行わないのに、今後これが現実に活用されるかは、大いに疑問である。したがって、抗告訴訟の対象に該当しない行政の行為について、公法上の当事者訴訟として、その違法確認訴訟が可能であることを条文に明記する必要がある。法制化にあたっては、条文化について検討すべきである。」（水野武夫委員の意見）。

(39) 参照、中川（註6）969頁。

現れてきている⁽⁴⁰⁾。その代表的なものとして、中川丈久「行政事件における確認訴訟の可能性」⁽⁴¹⁾を挙げることができよう。そこでは、入札、届出不受理、行政指導、法規命令、通達、法律・条例、都市計画上の決定などにかかる紛争が確認訴訟の対象となる可能性が検討されているほか⁽⁴²⁾、民事訴訟法と同様、確認訴訟が認められる要件として、①解決すべき紛争の成熟性、つまり、原告の権利や法的地位に、現実的かつ具体的な不安や危険が生じていること、②確認の訴えの補充性、つまり、給付・形成の訴えができない場合の最後の救済手段であること、③確認対象(訴訟物)の選択の適切さ、つまり、原告の求める地位の安定がもたらされる蓋然性が、法的に見て相当程度に確実でなくてはならないこと、の3点が必要であるとされている⁽⁴³⁾。

これらの主張は、さしあたり民事訴訟法学における確認訴訟の議論を、ほぼそのまま引写したものと考えられるが、本稿のテーマとの関わりで注目されるのは、抗告訴訟と当事者訴訟の区別に関する次のような見方である⁽⁴⁴⁾。すなわち、同論文によれば、抗告訴訟と当事者訴訟を本質的に異質なものと見る伝統的な学説に対して、「民事訴訟法と通訳可能な構造を有する行政訴訟」という見方から、「行政訴訟全体が……公法上の当事者訴訟……として統合的に捉えられ、立法政策的判断によるその一部変更として、行政処分との関わり方によって取消訴訟や無効確認訴訟等の抗告訴訟と形式的当事者訴訟とが、特例的訴訟方法として行訴法か個別法に規定されている」という位置づけが示されている。同論文は、こうした行訴法の把握は、その立案関係者の意図とは異なり、また、抗告訴訟と当事者訴訟を並列して規定する同法の体裁にも反しているものの、それにより具体的

(40) その代表的なものとして、中川(註6)984頁。

(41) 中川(註6)。

(42) 中川(註6)986~997頁。

(43) 中川(註6)976~977頁。

(44) 中川(註6)1010~1012頁。

な不都合が生じないだけでなく、『行政事件訴訟』を公法上の法律関係に関する訴訟とする学問上の定義と行訴法4条の実質的『当事者訴訟』の定義である『公法上の法律関係に関する訴訟』とがうり二つ」であるという「奇妙に符合するところもある」という。同論文では、これを「統合的行政訴訟論」と呼び、改正後の行訴法はそれへの移行中の姿であるとさえ、述べている⁽⁴⁵⁾。

以上のような、一見すると新奇な見方における当事者訴訟の位置づけは、少なくともその結論において、こんにちのドイツの行政訴訟における確認訴訟（Feststellungsklage）のそれとほぼ同じであるように思われる。すなわち、わが国の行訴法に相当する法規範を含むドイツの法律である行政裁判所規則（Verwaltungsgerichtsordnung）43条1項は、「法関係（Rechtsverhältnis）の存在または不存在、あるいは行政行為の無効について、原告は、それらが速やかに確認（即時確定）されること（baldigen Feststellung）に正当な利益をもつ場合には、訴えによって確認を求めることができる（確認訴訟）」、同条2項は、「前項の確認は、原告が、形成または給付の訴えによって自己の権利を追求することができ、あるいは、そうすることができた場合には、これを求めることができない」と規定し

(45) こうしたイメージは、すでに行政訴訟検討会のなかでも示されているようである。

「【市村委員】……裁判所の中にも、4条の理解というのはまだ非常に未開拓の分野です。ので、いろいろな意見があります。それから、特に抗告訴訟との関係でどう整理するかというのは非常に難しい問題であります……」

【塩野座長】抗告訴訟かどうかという点については、一応今、市村委員から御発言がありましたように、被告が抗告訴訟の行政庁ということになったので、その問題がありましたが、今度は被告の点が解消されましたので、実は抗告訴訟も当事者訴訟なんです。」行政訴訟検討会（第26回）議事録（平成15年11月28日）

<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/kentoukai/gyouseisoyou/dai26/26gijiroku.html>
（平成20年9月27日閲覧）

その一方で、塩野（註9）238頁は、行訴法4条の「公法上の法律関係に関する確認の訴え」について、「ここでの確認訴訟は、当事者訴訟としてのそれであるから、概念上は抗告訴訟とは関係がない」とも述べており、ここにも当事者訴訟の位置づけの不明確さが現れているように思われる。

ている。

ここにいう「法関係」とは、一般的に「ある（公法上の）法規範にもとづいて、具体的な事実関係から発生する、人と人、あるいは人と物との法的な関係」のことと理解されている⁽⁴⁶⁾。ここで注目されるのは、こうした理解に基づく行政裁判所規則43条に関する次のような説明である⁽⁴⁷⁾。

この概念〔法関係〕は、きわめて広範であり、また、権利・義務を形成する個々の行為をも含むうるので、行政行為により生じた権利・義務、給付や差止めに対する請求権も、「本来は (eigentlich)」、そこに含まれ、あらゆる公法上の紛争は確認訴訟によって解決され得る。したがって、立法者は、形成および給付訴訟の優先を明示的に規定しなければならなかったのである。

この説明からも知られるように、行政裁判所規則43条の「法関係」は、統合的行政訴訟論の理解する「公法上の法律関係」に対応するものといえよう。これを対象とする確認訴訟は、きわめて広範な行政活動を対象とすることができるため、それが活用されだした場合、処分性の拡大によって取消訴訟の対象とされるようになった行政活動については、訴法類型の重複という問題が生じる可能性があることは否定できない。ドイツでは、この問題への対応として確認訴訟の「補充性」が規定されているわけである。

このようなドイツの確認訴訟の位置づけと軌を一にする、統合的行政訴訟論の当事者訴訟についての見解が、法解釈論として de lege lata に述べられたものなのか、あるいは、立法論として de lege ferenda に主張されているのかは、少なくとも筆者には、やや不明なところがある。かりに前者であると考えてみると、要するに、統合的行政訴訟論は、従来の解

(46) Vgl. BVerwGE 40, 323 (325). 詳細な解説として、vgl. Jost Pietzcker, § 43 [Feststellungsklage], Randnummer 5 – 8, in: Friedrich Schoch, Eberhard Schmidt-Aßmann, Rainer Pietzner (Hrsg.), Kommentar Verwaltungsgerichtsordnung: VwGO (Loseblatt-Kommentar), 16. Aufl. 2008.

(47) Friedhelm Hufen, *Verwaltungsprozessrecht*, 7. Aufl., 2008, S.326.

積を根本的に覆して、当事者訴訟を確認訴訟と位置づけるものといえよう。これには、中川自身が認めるように立法者意思や条文の体裁に鑑みても、多くの疑問があり——その内容自体には、本稿で示した比較法的な観点からみても十分な説得力があると思われるものの——*de lege ferenda*な提案と考えざるを得ない。両者の訴訟類型の関係は、*de lege lata*にこれを見る限り、一方が他方を包括するのではなく、基本的に並列的なものと見るべきであろう。

（2）*de lege lata*な確認訴訟の位置づけ

わが国の行訴法の規定を前提とした *de lege lata* な確認訴訟の位置づけについて考えてみると、法解釈において必要となる対応は、条文構成の相違や「処分性の拡大」との関係を考慮に入れなければならないため、ドイツのそれよりも、より複雑なものとなると考えられる。これを仮説的に示すと以下のようなだろう。

第一は、処分性があると考えられる行政活動について確認訴訟が提起された場合、これを適法と認めるか、という問題である。ここでは、先に見た確認訴訟の補充性の要件との関わりが問題となる。つまり、確認訴訟が、「給付・形成の訴えができない場合の最後の救済手段である」とすれば、処分性が認められる行政活動に対してこれを提起した場合、その訴えは却下されることになろう。そして、その可能性は、処分性が広く認められるほど高まっていくという、現象が起こる可能性がある。この問題点への対応の例としては、次に引用する見解があげられよう⁽⁴⁸⁾。

……抗告訴訟と当事者訴訟の関係について、相互に開かれたものでなければならず、裁判実務上、両者の垣根を柔軟に取り扱うことが必要となる。ある行政の行為が取消訴訟と確認訴訟のどちらか一方に配分されるといふ択一的解釈ではなく、

(48) 橋本（註2）94～95頁。参照、同87～89頁。

憲法の保障する裁判を受ける権利を妨げることをないよう、両側から救済法可能性を拡大するようなかたちで解釈論が展開されなければならない。一方を利用したら別のルートで行くべしといった訴訟類型のキャッチボールになるような解釈運用は厳に戒めなければならない。国民の権利利益の実効的救済や、国民の裁判を受ける権利の保障という視点から、行政法令の仕組みの側に着目した実定法解釈では越えられない法定抗告訴訟の限界を越えるための訴訟法上の受け皿の拡大として受け止められるべきである。……訴訟類型の多様化により、原告たる国民にとって行政事件訴訟法の利用についてのハードルが逆に高まる事態を引き起こすような解釈方法は、新法の制度趣旨から決して許されない。

これは、さしあたり裁判所による行訴法の運用のあり方を説いたものにはかならないが、そうした運用を可能とする理論的根拠について考えると、それは、一定の範囲の行政活動については、抗告訴訟と確認訴訟の両方の対象となり得るものであり、そうした意味で、先のドイツ行政裁判所規則43条に関する説明の言葉を借りれば「本来は」、両者の「重複」が存在しているからだと考えるほかないであろう。

こうした見方が、抗告訴訟と当事者訴訟を並列して規定している行訴法の *de lege lata* な解釈として成立しうるかは、なお微妙なところである。ここでの論述を「仮説モデル」とした所以である⁽⁴⁹⁾。しかし、両者を基本的に並列的な関係と把握して、その一部が「本来は」——換言すれば、潜在的に——重複しているというイメージには、統合的行政訴訟論ほどの現

(49) 仮に、以上のようなかたちで両者の重複を認めることも、従来の訴訟類型を基本的に維持している行訴法の解釈によっては導くことができない、*de lege ferenda* な議論であるとした場合、*de lege lata* な対応の方向性としては、次のふたつが考えられよう。ひとつは、当事者訴訟を活用することによって、行訴法改正の趣旨を実現する方向であるが、そのためには「処分性の拡大」の動向に歯止めをかけ、処分概念を再び伝統的なそれに限定することになる。その一方で、「処分性の拡大」の動向を維持することが考えられるが、その結果、当事者訴訟の守備範囲を限定的に捉えることになり、当事者訴訟の活用は、第一のアプローチと比較して、相当に限定されたものとならざるを得ないであろう。このふたつの方向性には、「行政の活動・作用の複雑多様化に対応し、国民の権利利益の実効的な救済を図る観点」から見て、いずれもリスクが含まれていることは、指摘するまでもなからう。これに対して、本稿の立場は、当事者訴訟の活用と「処分性の拡大」の動向をともに肯定的なものとして捉えて、現行法の解釈上も、両者の実現が可能であることを主張するものである。

行法からの飛躍はないことも確かであろう。その「重複」は、具体的には行訴法4条新たに付加された「公法上の法律関係」と3条の「その他公権力の行使に当たる行為」との間に生じていることになる。

第二に、しかし、この重複はドイツの場合と異なり全面的なものではない。わが国の行訴法では、確認訴訟は当事者訴訟の枠内で認められたものであり、それとは別の訴訟類型である抗告訴訟の対象をすべて取り込んでいるわけではないからである。

第三に、両者の重複の際には、必ずしも抗告訴訟が優先されるわけではなく、確認訴訟の提起も許容されることになる。これは、処分性の拡大の動向や、上に引用した行訴法改正の趣旨の理解から導かれる結論であり、ここに、わが国の行訴法に独特の特徴が見られることになる。

第四に、一定の範囲で抗告訴訟と確認訴訟の重複を認めるにしても、抗告訴訟のみしか提起できない、という行政活動もあることは確かである。このような、いわば排他的な抗告訴訟の対象を考える際に鍵となるのは、伝統的な処分概念の理解、つまり「行政行為」に相当するものであると考えられる。

第五に、その一方で、明らかに抗告訴訟の対象とはなりえず、確認訴訟だけが提起できるという行政活動もあることが確かであろう。その境界を考えるためには、いわば「拡大された処分性」の範囲というものを確定させる必要があると考えられる。その際には、行訴法が（拡大されたにせよ）処分性のメルクマールとして掲げている「公権力の行使」の概念の分析が重要になろう⁽⁵⁰⁾。

(50) 仲野武志『公権力の行使概念の研究』（有斐閣、2007年）271頁は、『「公権力の行使」に関する不服（行訴法3条1項）を権利保護訴訟（当事者訴訟・民事訴訟）によって争うことを封ずるのが、現行法制の基本的枠組みであった』という認識を示すが、本稿の仮説によれば、この論述にいう「公権力の行使」は、基本的に、狭義の処分すなわち行政行為に他ならないということになる。

まとめにかえて——抗告訴訟と当事者訴訟の機能分配

上記の仮説について、これを抗告訴訟と当事者訴訟の機能分配という観点から再構成しておく、それは以下のようなよう(図表参照)。

①抗告訴訟のみが提起可能な領域 これは、伝統的な処分概念をその範囲とする、つまり、学問上の行政行為の概念とほぼ一致する行政活動を対象とした訴訟から構成される。この行政活動に対しては、抗告訴訟のみを提起することができ、確認訴訟を提起することは許されない。それは「抗告訴訟の迂回」⁽⁵¹⁾とみなされることになるからである。

②抗告訴訟と当事者訴訟の両者が提起可能な領域 これは、行訴法4条に新たに付加された「公法上の法律関係」と3条の「その他公権力の行使に当たる行為」それぞれを対象とした訴訟が重複していると考えられる領域である。この領域は、伝統的な処分概念に見られた「直接性の要件」を満たさない「公権力の行使」にあたる行政活動、というものを対象とした訴訟から構成される。具体的には、通知や行政指導のなかにこれに該当するものがあり、それに対する当事者訴訟の提起は、かりに抗告訴訟が認められるような場合であっても許されることになる。

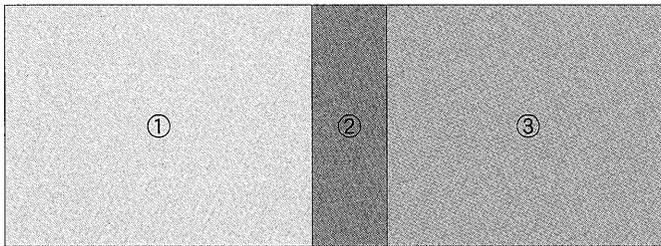
③当事者訴訟のみが提起可能な領域 これは、公権力の行使に該当しない行政活動を対象とした訴訟から構成される領域である。これらの行政活動には、処分性が認められないため、抗告訴訟を提起した場合には、それは却下されることになる。

上記の3つの領域を区別するためには、①の領域を画定する「伝統的な処分概念」、および②のそれを画定する「公権力の行使」の概念、それぞれの外延を明確にする作業が不可欠となろう。先にも述べたように、行訴法改正以前の議論では、処分性の検討にあたり、おもにその拡大が目指されていた

(51) Vgl. Pietzcker (Fn. 45), § 43 [Feststellungsklage], Randnummer 43.

という事情もあって、もっぱら「公権力の行使」の概念の方に注目が集まっていたように思われる。これは今後も重要な意味を持ち続けることは疑いないが、本改正によって、新たに本報告で指摘したような「抗告訴訟のみが提起可能な領域」とはなにか、という論点が生じてきたと考えるならば、これに加えて「伝統的な処分概念」の外延を明らかにする必要性が生じてくると考えられる。先に見た、直近の青写真判決の判例変更は、最高裁の主観的意図とは別に、ここに位置づけることも可能なものであろう。

図表：抗告訴訟と当事者訴訟の関係についての仮説モデルのイメージ



- ①抗告訴訟のみが提起可能な領域：伝統的な処分概念＝行政行為が対象
- ②抗告訴訟と当事者訴訟の両者が提起可能な領域：行政行為以外の公権力の行使が対象
- ③当事者訴訟のみが提起可能な領域：公権力の行使以外の行政活動が対象

（本学法学部准教授）